Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte
Journal of the Max Planck Institute for European Legal History

Rechts Rg geschichte

Rechtsgeschichte
Legal History

www.rg.mpg.de

http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg22
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 22 (2014)
http://dx.doi.org/10.12946/rg22/338-340

Rg 22 2014 338 – 340

Ulrich Jan Schröder

Verfassungsvoraussetzungen – rechtshistorisch betrachtet

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte
Journal of the Max Planck Institute for European Legal History

Rechts Rg geschichte

Rechtsgeschichte
Legal History

www.rg.mpg.de

http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg22
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 22 (2014)

Rg 22 2014 9 – 13

Inhalt

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Thomas Duve 16 German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives

Fokus focus

Thomas Duve	51	European Normativity – Global-Historical Perspectives. Introductory remarks
Jürgen Renn	52	The Globalization of Knowledge in History and its Normative Challenges
Hartmut Leppin	62	Christianity and the Discovery of Religious Freedom
Heiner Lück	79	Aspects of the transfer of the Saxon-Magdeburg Law to Central and Eastern Europe
Raja Sakrani	90	The Law of the Other. An unknown Islamic chapter in the legal history of Europe
Martti Koskenniemi	119	Vitoria and Us. Thoughts on Critical Histories of International Law
Tamar Herzog	140	The Appropriation of Native Status: Forming and Reforming Insiders and Outsiders in the Spanish Colonial World
Jean-Louis Halpérin	150	Transplants of European Normativity in India and in Japan: a Historical Comparison
Li Xiuqing	158	The Chinese Repository and Chinese Criminal Law in the Minds of Westerners of the 19th Century
Zhang Zhongqiu	176	China's Selection of Foreign Laws for Succession in the Late Qing Dynasty
Eugenio R. Zaffaroni, Guido L. Croxatto	192	El pensamiento alemán en el derecho penal argentino
Elisabetta Fiocchi Malaspina, Nina Keller-Kemmerer	214	International Law and Translation in the 19th Century
Urs Matthias Zachmann	228	Does Europe Include Japan? European Normativity in Japanese Attitudes towards International Law, 1854–1945
Ute Frevert	245	Honour and/or/as Passion: Historical trajectories of legal defenses
Paolo Grossi	257	Die Botschaft des europäischen Rechts und ihre Vitalität: gestern, heute, morgen

Kommentar commentary

Mario Ascheri	270	A final comment and request
Kjell Å. Modéer	275	The Deep Structures of European Normativity in a Global Context
Philip C. McCarty	283	Globalizing Legal History

Kritik critique

Gunnar Folke Schuppert 294 The Cosmopolitan State

H. Patrick Glenn, The Cosmopolitan State

Antonio Manuel Hespanha 303 The Legal Patchwork of Empires

Legal Pluralism and Empires, 1500–1850, ed. by Lauren Benton, Richard J. Ross

Li Yang 316 Legal Orientalism, or Legal Imperialism?

Teemu Ruskola, Legal Orientalism

Stefan Kroll 323 Selbst die Kopie ein Original. Die Konstruktion und Adaption globaler Ideen

Samuel Moyn, Andrew Sartori, Global intellectual history

Christiane Birr 325 Die seidenen Bande des Empire

Bonny Ibhawoh, Imperial Justice

Otto Danwerth 326 Von den Inka lernen, heißt herrschen lernen. Zu zwei Editionen von Schriften eines spanischen Juristen im frühkolonialen Peru

Polo Ondegardo, Pensamiento colonial crítico, ed. de Gonzalo Lamana Ferrario

Polo Ondegardo, El Orden del Inca, ed. de Andrés Chirinos y Martha Zegarra

Leticia Vita 331 ¿Por qué hablar de Culturas Constitucionales? Nuevas perspectivas sobre las revoluciones atlánticas

Constitutional Cultures, ed. by Silke Hensel et al.

Pamela Alejandra Cacciavillani 334 A labyrinth of dissimilar senses

Alma Guadalupe Melgarito Rocha, Pluralismo Jurídico

Roberto Gargarella 336 Explicando el constitucionalismo latino-americano

Gabriel L. Negretto, Making Constitutions

Ulrich Jan Schröder 338 Verfassungsvoraussetzungen – rechtshistorisch betrachtet

Verfassungsvoraussetzungen, hg. von Michael Anderhaiden et al.

Kritik critique

Carolin Behrmann	341	Iconomus Peter Goodrich, Legal Emblems and the Art of Law
Michael Stolleis	343	Die Rückseite der Malerei ist die Vorderseite des Staates Erk Volkmar Heyen, Verwaltete Welten
Christoph H. F. Meyer	345	Mittelalterliche Gerichtsbarkeit – im Zeichen der Sakralität und des Vergleichs? Robert Jacob, La grâce des juges
Mario Ascheri	347	Processo romanico-canonico: una ›eccellenza‹ attraverso il tempo? Knut Wolfgang Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht
Karl-Heinz Lingens	350	Kostbare Zeit Eine Grenze in Bewegung: Private und öffentliche Konfliktlösung im Handels- und Seerecht, hg. von Albrecht Cordes, Serge Dauchy
Christian Windler	352	Objekte als Medien der Diplomatie Materielle Grundlagen der Diplomatie, hg. von Mark Häberlein, Christof Jeggle
Harald Maihold	354	Kriegsrecht aus moraltheologischer Sicht Francisco Suárez, De pace – De bello, hg. von Markus Kremer
Martti Koskenniemi	356	On the religious Origins of Capitalism Wim Decock, Theologians and Contract Law
Wim Decock	361	Geldüberwuchert Was vom Wucher übrigbleibt, hg. v. Matthias Casper u.a.
Harald Maihold	363	Ich sündige, also bin ich! Das spanische Drama als Probebühne für moralische Experimente Hilaire Kallendorf, Sins of the Fathers
Wim Decock	365	Papsttreu bis zum Tode Cyrille Dounot, L'œuvre canonique d'Antoine Dadine d'Auteserre (1602–1682)

Kritik critique

Sylvia Kesper-Biermann 366 Der aufgeklärte Tod auf Raten

Gerhard Ammerer, Das Ende für Schwert und Galgen?

Vera Finger 369 Am Morgen singen die Vögel

SLING, Der Mensch, der schießt

Karl Härter, Tina Hannappel, Conrad Tyrichter, Thomas Walter 374 Terrorismus für die Rechtsgeschichte? Neuerscheinungen zur Geschichte politischer Gewalt im 19. und 20. Jahrhundert

Richard Bach Jensen, The Battle against Anarchist Terrorism

Gewalt ohne Ausweg?, hg. von Klaus Weinhauer, Jörg Requate

An International History of Terrorism, ed. by Jussi M. Hanhimäki, Bernhard Blumenau

Radikale Milieus, hg. von Stefan Malthaner, Peter Waldmann

Terrorism and Narrative Practice, ed. by Thomas Austenfeld et al.

Terrorismus und Geschlecht, hg. von Christine Hikel, Sylvia Schraut

Abstracts 387 abstracts

Autoren 394 contributors

de un análisis más sensible en términos históricos y dinámicos.

Las observaciones realizadas, de todos modos, de ningún modo cuestionan la importancia y el valor del trabajo de Negretto, que desde su publicación representa un material de lectura necesario para cualquier estudio que quiera fijar su atención al constitucionalismo de América Latina.

■

Ulrich Jan Schröder

Verfassungsvoraussetzungen – rechtshistorisch betrachtet*

Der Begriff von den »Verfassungsvoraussetzungen« wurde von Herbert Krüger geprägt. Sie liegen in der »geistigen Grundlage« und einer »adäquaten Gestimmtheit, damit das [verfassungsrechtliche] Programm sich verwirklicht«.[1] Hier bricht sich eine pathetische Sprechweise Bahn: In diesem Sinne geht es um die Grundlagen der Verfassung und in gewisser Weise um *mehr* als nur das, was Recht ist. Auf dieser rhetorischen Wellenlänge sendet das sog. Böckenförde-Diktum[2] und mit dieser Konnotation hat sich die Vereinigung der Staatsrechtslehrer im Jahr 2008 einer »Erosion von Verfassungsvoraussetzungen« angenommen.[3] Daneben gibt es auch eine nüchtern-rechtsdogmatische Sprechweise, die zum Ausdruck bringt, dass eine Aussage keine verfassungsrechtliche Verbindlichkeit erreicht und insofern *weniger* ist als Recht. Unklar an der Begriffsbildung Verfassungsvoraussetzung ist bereits, ob es sich um dasjenige handelt, was von der Verfassung respektive dem Verfassungsgeber normativ vorausgesetzt wird (etwa die *teloi* von Normen), oder um dasjenige, was der Verfassung *de facto* vorausgesetzt wird. Letzteres wird bisweilen auch als »Verfassungserwartung« bezeichnet. In die pathetische Bedeutung könnte nahezu alles eingelesen werden, auf dem die Verfassung aufruht: der *status quo* zur Zeit der Verfassungsgebung, Wertesystem, kulturelle Wurzeln, anthropologische Grundkonstanten. Schon in diesem semantischen Spannungsfeld läuft der Begriff der Verfassungsvoraussetzung Gefahr, an Unterscheidungskraft zu verlieren. Darüber hinaus büßt er ungemein an Trennschärfe ein, wenn sogar die Akzeptanz des Rechts und der Regelungsgrund bzw. -gegenstand der Verfassung in den Begriff einbezogen werden.[4]

Rechtshistorisch sind die Verfassungsvoraussetzungen in dreifacher Hinsicht relevant: Erstens mag man fragen, welche Bedeutung sie zu früheren Zeiten hatten und welche wissenschaftliche Behandlung sie seinerzeit erfuhren. Zweitens mögen die Voraussetzungen des Grundgesetzes gerade deswegen rechtlich relevant sein, weil sie eine historische Tiefendimension haben. Drittens schließlich gibt es ein historisch-kulturwissenschaftliches Interesse an den historischen Wurzeln verfassungsrechtlicher Normen auch dann, wenn jene für die Auslegung keine Rolle mehr spielen. Alle diese Spielarten rechtshistorischer Bezugnahme finden sich in dem Band »Verfassungsvoraussetzungen«,

* Michael Anderheiden, Rainer Keil, Stephan Kirste, Jan Philipp Schaefer (Hg.), Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 832 S., ISBN 978-3-16-152577-3

1 Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, 1973, 285 (287).

2 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Recht, Staat, Freiheit, 1991, 92 (112). Vgl. auch Ulrich Jan Schröder, Wovon der Staat lebt, in: JZ 2010, 869 (873 f.).

3 VVDStRL 68 (2009); die Berichtsgegenstände waren: Religiöse Freiheit als Gefahr?, Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, Erosion demokratischer Öffentlichkeit?

4 Christoph Möllers, in: VVDStRL 68 (2009) 47 (51 f.) trennt Voraussetzung und »Sachverhalt«.

der Gedächtnisschrift für den 2010 verstorbenen Heidelberger Staatsrechtslehrer und Rechtsphilosophen Winfried Brugger. Hier wird nur auf die in diesem Zusammenhang interessierenden Beiträge eingegangen.

Christian Baldus fragt nach Verfassungsvoraussetzungen in Rom. Nachdem er den Verfassungsbegriff für Rom (Republik und Prinzipat) relativiert hat (keine »klar abgegrenzte Formalordnung, die außerrechtlichen Voraussetzungen gegenüber gestellt werden könnte«), geht er auf den »langen Schatten« Theodor Mommsens ein. Mommsen habe die komplexe politische Praxis in die Verfassung projiziert, die Wirklichkeit als Rechtsgebilde interpretiert und damit auch »Verfassungsvoraussetzungen« zu Unrecht als Verfassungsrecht verstanden. Als Voraussetzung lässt sich aber auch die gesamte Soziologie der Machtstabilisierung begreifen. Baldus folgt dieser Linie und fragt, inwieweit fachjuristische Leistungen geeignet waren, den Ruhm eines Magistratsbeamten, insbesondere den eines Prätors, und den *capital symbolique* (Pierre Bourdieu) seiner Familie zu mehren. Inwiefern die Fortbildung des Privatrechts durch den Prätor eine Funktionsbedingung der römischen Verfassung war, lässt Baldus angesichts des Forschungsstands offen.

Die mögliche historische Tiefendimension einer gegenwärtigen Verfassung lässt sich etwa im Fall der Religionsfreiheit ausloten, deren Ursprung im Nebel der Geschichte liegt: Ist sie ein Kind der Aufklärung – wobei innerhalb der Aufklärung wiederum christliche oder antireligiöse Strömungen verantwortlich sein können – oder ist Religionsfreiheit aus einem christlichen Verständnis heraus gewachsen (Georg Jellinek hat bekanntlich auf die Reformation verwiesen)? *Heiner Bielefeldt* irritiert diese Wahrnehmungsgewohnheit, indem er mit Moses Mendelssohn (1729–1786) an einen jüdischen Vordenker der Religionsfreiheit erinnert. Bielefeldt überlässt ausdrücklich den Fachhistorikern die Klärung der Frage, welche historischen Entwicklungen tatsächlich zur Ausbildung und Stärkung der Religionsfreiheit beigetragen haben. Er will die Vielfalt der »Wege zur Religionsfreiheit« aufzeigen, einen weiteren »Ursprungsmythos« hinzufügen und wendet sich damit gegen eine christliche oder antireligiöse Vereinnahmung der Religionsfreiheit. Ihre Geltung dürfe nicht an einen solchen Kontext gebunden werden. Dies sei mit dem »Universalismus der Menschenrechte systematisch unvereinbar«. Einerseits wird hier sichtbar, dass nationale historisch-kulturelle Voraussetzungen dem Ideen-Transfer auf die Ebene des Völkerrechts mindestens hinderlich sein können. Andererseits wird eine Gegenstrategie in der Suche nach Multikausalität und ideengeschichtlicher Polyphonie gesucht. Das macht aber die den Fachhistorikern überlassene Frage nach der tatsächlichen Wirkungsgeschichte nicht entbehrlich. Und der Jurist muss erklären, warum es auf die *tatsächliche* Wurzel der Religionsfreiheit für deren heutiges Verständnis nicht ankommen soll.

Eine solche Loslösung der Verfassungsauslegung von den historischen Voraussetzungen der Verfassung verträgt sich *prima facie* schlecht mit der »Geschichtlichkeit des Rechts«, die im »Antwortcharakter der Verfassung« zum Ausdruck kommt. *Paul Kirchhof* skizziert diese Auffassung Bruggers und fügt hinzu, dass die friedensstiftende Funktion einer Verfassung gerade auch dadurch wirksam wird, dass prekärer Streitstoff – wie die Frage nach der richtigen Religion – ausgeklammert bleibt. Staatliche Neutralität und Religionsfreiheit bilden damit zwar eine Antwort auf historisch gewachsene Konstellationen und Konflikte, doch liegt diese Antwort auf einer anderen, »ahistorischen« Ebene.

Symptomatisch für dieses Verhältnis des Verfassungsrechts zu seinen Voraussetzungen ist auch die Studie *Rainer Keils* über das Verhältnis von »Recht und demokratischer Tugend«. Den Ausführungen über die Bedeutung der Tugend bei Aristoteles, Machiavelli, Spinoza, Montesquieu, Jefferson und den Trennungsthesen von Hobbes und Kant folgen nur kurze Überlegungen zu aktuellen Nachwirkungen und Konsequenzen (etwa: Gesinnungsprüfungen seien kontraproduktiv). Am Grundgesetz scheinen ideologisch vorgefasste Ansichten über die Relevanz staatsbürgerlicher Gesinnung nur so abzuprallen. In dieser Trennung des Rechts von der den Rechtsstaat tragenden Gesinnung liegt zunächst ein Rationalitätsgewinn. Es ist auch unrichtig, dass die staatsbürgerlichen Tugenden damit preisgegeben werden. Gerade in der »Ungezwungenheit« der positiven Einstellung der Bürger zu ihrem Gemeinweisen liegt das allergrößte Potential. Die von Keil nur angerissene Frage nach der Implementierung von »demokratischen Tugenden, bürgerschaftlichem Urteilsvermögen und Engagement« in das Bildungswesen ist daher auch von verfassungs*rechtlichem* Interesse.

Ein wichtiger Grund, warum das Verfassungsrecht nicht auf eine staatsbürgerliche Gesinnung

»hinarbeitet«, ist der einfache Umstand, dass sie bislang eine reichlich vorhandene Ressource war. Dies hat auch mit dem Zusammenhalt des Gemeinwesens zu tun. Dieser lag in Zeiten des Nationalstaats in der – in welcher Hinsicht auch immer bestehenden – »Homogenität« des Staatsvolks.[5] In der pluralistischen, multikulturellen Gesellschaft fällt dieses Reservoir selbstverständlichen Einverständnisses weg, oder man muss neue Bezugsgrößen finden. *Rolf Grawert* untersucht Johann Gottfried Herders (1744–1803) Begriff der Nation auf dessen Bedeutung als einheitsstiftendes Band. Um die Einbindung der Nation in einen Staat sei es Herder vorrangig nicht zu tun gewesen. Eine Ordnungskraft (Grawert) sah er dennoch in ihr. Die »humanitär« verbundene Nation werde durch Sprache, Schrift und Geschichte zusammengehalten, sei aber mehr als nur eine Sprachnation. Aus dem Denken in Sprache folge der »National-Geist«. Doch sei die Nation nur eine »Variation der Menschheit«, der Kern der Nation (die Geselligkeit) läge in der Familie. Grawert sieht Herders Begriff der Nation als anschlussfähig für eine europäische Gemeinschaft. Die »Verfassungsvoraussetzung« Staat[6] (Staatsvolk bzw. homogenes Staatsvolk) ist in dieser herderschen Lesart kein Souveränitätspanzer, der die anderen Nationalstaaten auf Abstand hält.

Die Befassung mit (historischen) Konzeptionen von Volk, Nation und Homogenität ist auch für die Auslegung des Grundgesetzes zweckmäßig, wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht annimmt, dass die Homogenität ein Element einer gegenüber der Europäischen Union integrationsfesten »Verfassungsidentität« sein soll.[7] Es ist aber gerade wieder diese Verrechtlichung eigentlich nicht-normativer Voraussetzungen des Staatslebens, welche Anstoß erregt. Und so wäre es nicht ganz abwegig, dem Gericht in Karlsruhe denselben Vorwurf zu machen, den die Geschichtswissenschaft gegenüber dem Staatsrecht Theodor Mommsens erhebt: Es ist nicht alles Recht, was für das Recht erheblich ist.

Die Kategorie der Verfassungsvoraussetzungen ist ein Sammelbecken. Der dogmatische Wert der Kategorie ist begrenzt. Der Verfassungsrechtler kommt nicht umhin, die konkreten Anknüpfungen im Grundgesetz ausfindig zu machen. Insbesondere die teleologische Verfassungsauslegung wird in kleiner Münze gegeben: Die Grundrechte werden, jedenfalls vom Bundesverfassungsgericht, einzeln und nicht vor dem Hintergrund einer Grundrechtstheorie auslegt; Staatsstrukturprinzipien wie der Rechtsstaat werden »summativ«, also in der Summe von Einzelregelungen, und nicht »integral« verstanden; die Kompetenzvorschriften – für Gesetzgebung und Verwaltung sowie die Finanzverfassung – sollen in erster Linie formales Recht sein. Die teleologische Verfassungsauslegung lebt gleichsam im Exil. Wenn aber doch einmal eine Verfassungsnorm – etwa das Demokratieprinzip in der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – integral, urwüchsig und staatsphilosophisch ausgedeutet wird, darf der Verfassungsrechtler nicht hilflos am Rande stehen. Über den möglichen Einfluss historischer Konzepte auf die gegenwärtigen Rechtsbegriffe muss er Rechenschaft ablegen können. Allerdings mag auch – wie im Fall der Religionsfreiheit – in Betracht zu ziehen sein, dass die Vielzahl möglicher historischer Herleitungen und Legitimationsstrategien eine historische Deutung gleichsam neutralisiert.

■

5 Zur Ideengeschichte Rolf Grawert, Homogenität, Identität, Souveränität. Positionen jurisdiktioneller Begriffsdogmatik, in: Der Staat (2012) 189 ff.

6 Vgl. H. Krüger (Fn. 1) 293 ff.

7 Vgl. BVerfGE 123, 267 (358 f.) – Vertrag von Lissabon; BVerfGE 89, 155 (186) – Vertrag von Maastricht, mit Hinweis auf Hermann Heller. Krit. Ulrich Jan Schröder, Staatlichkeit ist kein Schicksal. Der deutsche Staat zwischen Schicksals-, Werte- und Rechtsgemeinschaft, in: Osnabrücker Jahrbuch Frieden und Wissenschaft 19 (2012) 167 (169–171).